

客観訴訟における違憲主張

——最近の選挙訴訟を手がかりとして——

飯 田 稔

- 一 はじめに
- 二 客観訴訟と違憲審査
- 三 裁判例の現況
- 四 選挙制度への司法介入
- 五 むすびに代えて

一 はじめに

わが国の違憲審査制（憲法八一条）は、いわゆる付随的審査制である。裁判所がその職務たる司法権（七六条一項）を行なうに際し、事件解決に必要な限りで国家行為の合憲性を審査するのであり、具体的事件を離れて抽象的に法律、命令等が憲法に適合するかしないかを判断することはできない。⁽¹⁾

だが実際には、裁判所は、必ずしも純然たる司法権とはいえない権限を行使するときにも、しばしば違憲審査を行なってきた。客観訴訟がそれである。合憲・違憲の結論如何を問わず、わが憲法判例の重要な一部がこの手続を通じて形成されている。それゆえ学説も、客観訴訟の本質や違憲審査の可否、さらには抽象的審査導入の可能性等をめぐって、さまざまな議論を展開してきた。⁽²⁾

客観訴訟の中でも、とりわけ多用されてきたのが選挙訴訟（公職選挙法二〇四条ほか）と住民訴訟（地方自治法二四二条の二）であつた。国政選挙のたびに投票価値の不平等（一票の較差）の違憲性が主張され、あるいは、全国各地で地方公共団体の宗教的活動の合憲性が問われてきたのは、よく知られたことである。とかく消極的と見なされがちなのが裁判所も、これらの領域では、いくつかの違憲判断が示すように、比較的には積極的な審査を行なつてきたとしてよい。

ところが近年、そのうちの選挙訴訟について、最高裁判所が、違憲審査の可能性を限定する判断を重ねるようになった。⁽³⁾ 当事者の提起する訴えを、あるいは不適法として却け、あるいは違憲の主張ができないとして憲法判断を避ける動きが見られる。一件一件は専ら訴えの手続面に關わる簡略な判決・決定に過ぎないが、客観訴訟がわが違憲審査の展開に果たしてきた役割に鑑みると、その含意するところは存外小さくないであろう。少しく検討を要する所である。

二 客観訴訟と違憲審査

1 問題点の粗描

裁判所は、法律上の争訟を裁判するほか、法律において特に定める権限を行なう（裁判所法三条一項）。この特別の権限とされるのが客観訴訟であり、現行法は、民衆訴訟と機関訴訟を置いている（行政事件訴訟法五条、六条）。立法時より、「個人的な権利利益の保護救済を目的とする」主観訴訟とは区別された「法規の適用の適正または一般公共の利益の保護を目的とする特殊の訴訟」と位置づけられており、法律の定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる（同四一条）。

憲法上裁判所に属する司法権が法律上の争訟の裁判を意味するならば、客観訴訟たる民衆訴訟や機関訴訟は、定義上司法権の行使に当たらない⁽⁷⁾。そこで、わが違憲審査制が司法権に付随して行なわれる付随的審査であるからには、裁判所は、司法ならざる客観訴訟で違憲審査を行なうことができるか、もしできるとすれば、同じく法律で、司法ならざる抽象的違憲審査の権限を付与することも許されることにならないか、との問題が生じた。

2 初期の判例

実際には、客観訴訟における違憲審査は、むしろ実務の側が先行して取り組んできたものである。判例は初期から、そのような権限行使に躊躇の色を見せていない。

〔1〕最大判昭和二十七年二月二〇日⁽⁸⁾

客観訴訟における違憲主張（飯田）

最高裁判所裁判官国民審査法三六条に基づく審査無効の訴えが提起され、同法の定める投票方法の合憲性が争われた。だが最高裁は、本件訴えの適法性や、民衆訴訟における違憲審査の可否といった手続面に特に留意することなく、国民審査制度の本質を解職とみて、その合憲性を支持した。

〔2〕最判昭和三五年六月一七日⁽⁹⁾

東京都が米軍基地用地の取用を決定したが、同地の町長が取用の根拠たる日米安保条約その他を違憲として手続を執行しなかったため、都知事が職務執行命令訴訟（地自法旧一四六条一二項）を提起した。下級審は、職務執行命令訴訟は行政内部における上級機関の下級機関に対する監督権の行使方法として特別に法律が裁判所に付与した本来行政に属する争訟制度であり、審理の対象も職務執行命令の形式要件に関する事項に限られ、当該命令の実質的な適否を審査することはできないとしたが、最高裁がこれを破棄した。職務執行命令訴訟は、地方公共団体の長本来の地位の自主独立性の尊重と、国の委任事務を処理する地位に対する国の指揮監督権の確保との間に調和を図るため採用されたものであり、この調和を期するには、裁判所が国の指揮命令の内容の適否を実質的に審査するのは当然で、いやしくも裁判所の審査権の限界内にある限り、裁判所は実質的審査を回避もしくは拒否できないと述べている。

〔3〕最大判昭和三七年三月七日⁽¹¹⁾

大阪府議会が、市町村警察を廃した改正警察法に基づく予算を可決したところ、そこに計上された警察費が違法な支出だとして住民訴訟（地自法旧二四三条の二）が提起され、国会における同法改正の議事手続の違法性と改正法の憲法違反が争われた。最高裁は、住民訴訟で議会の議決に基づく支出の違法性を争うことを認めた上で、裁判所は国会の議院の自主性を尊重すべく、法制定の議事手続を審理してその有効無効を判断すべきではない、また市町村警察を

廃し、その事務を都道府県警察に移しても地方自治の本旨（憲法九二条）に反しないとして、請求を却けた。

3 学説の評価

このように、実務では早くから、客観訴訟で違憲審査を行なうことが確立していた。だが、判例自身はその根拠について必ずしも十分な議論を展開しなかつたため、学説による評価は分かれた。

最初期に属する「1」判決は、専ら国民審査の投票方法の合憲性という実体問題について論じており、そもそもかかる訴えが国民審査法三六条の民衆訴訟で可能なのか、また、民衆訴訟において違憲審査を行なうことができるのかといった手続面には全く論及していない。⁽¹²⁾ それゆえ、「民衆訴訟」で漫然と法律の違憲審査権を行使した最初の例⁽¹³⁾だとする厳しい批判があった。⁽¹⁴⁾ 「3」判決も、住民訴訟における違憲審査である点に、特段の配慮を示してはいない。⁽¹⁵⁾

他方で、「2」判決は、機関訴訟において憲法問題を含む実質的審査を行なうことをむしろ積極的に認めた。これに対しては、「法律上の争訟」でない特別の訴訟で、裁判所が違憲審査権を行使することに批判が寄せられる一方、この説示をもって「機関争訟を実質的な抽象的憲法裁判たらしめる可能性への道をひらいた」⁽¹⁷⁾と高く評価する者もあつた。

客観訴訟は「法律上の争訟」すなわち「司法権」に当たらないから、裁判所は違憲審査を行なうことができないとする立場もあり得ないわけではない。だが、これらの訴訟の目的の一つが「法規の適用の適正」にあるとすれば、合憲性の統制を排除したのでは、その目的を十分に達することができないであろう。現在では、何らかの形で違憲審査の可能性を認める学説が有力である。大きく、①客観訴訟における違憲審査も「付随的（具体的）審査」であるとする

る見解⁽¹⁸⁾、②客観訴訟に「事件・争訟性」を擬制して、違憲審査を認める見解⁽¹⁹⁾、③司法の要件たる「事件性」を広義に理解して、客観訴訟を含める見解⁽²⁰⁾、④司法の概念から「事件・紛争」を除外し、客観訴訟も司法であるとする見解⁽²¹⁾などに分けることができよう。

4 判例の展開

学説の議論はともあれ、判例はその後も一貫して、客観訴訟で違憲審査を行なってきた。よく知られているのが、次の三つの領域である。

(1) 地方公共団体による神道行事への公金支出や神社への寄附等が、政教分離原則（憲法二〇条、八九条）に違反するとして、しばしば住民訴訟が提起されている。最高裁は、この手続による違憲審査の可否について特に問題とすることなく、合憲・違憲の実体判断を下している⁽²²⁾。

(2) いわゆる駐留軍用地特措法一四条一項を介して米軍用地に適用される土地収用法上の土地調書及び物件調書の作成（三六条一項）につき、沖縄県知事が、立会人を指名し署名押印させる署名等代行の事務（同条五項）を拒否したため、主務大臣たる内閣総理大臣が、署名等代行をさせることを求める職務執行命令訴訟（地自法旧一五一条の二第三項）を提起した。下級審は、都道府県知事に審査権が付与されていない事項の審査はできないとした⁽²³⁾が、最高裁がこの判断を覆した⁽²⁴⁾。明示的に「2」判決を引用してはいないが、「職務執行命令訴訟においては……主務大臣が発した職務執行命令がその適法要件を充足しているか否かを客観的に審理判断すべきもの」と述べ、先例を踏襲している。その上で、都道府県知事が、法令の合憲性を審査し、その違憲を理由に当該事務の執行を拒否することは行政組織上許され

ないが、他面、都道府県知事に当該事務の執行を命ずる職務執行命令は、法令上の根拠を欠き違法というべく、都道府県知事が当該事務を執行する義務を負うからといって、当該事務の執行を命ずることが直ちに適法となるわけではない旨を指摘し、憲法問題へと進んだ。もつとも、実体的には、日米安保条約等に緩やかな統治行為論を適用し、駐留軍用地特措法に対する違憲主張を却けている。

(3) 客観訴訟における違憲審査の問題に、最も自覚的に取り組んできたのが、一連の議員定数不均衡訴訟である。早くから、公選法上の選挙無効訴訟(二〇四条)が用いられてきたが、この訴訟手続は本来、公選法自体の違憲を理由とする選挙無効の主張を想定したのではなく、裁判官の中にも訴えの適法性を疑問とする意見があった。⁽²⁵⁾だが、定数不均衡の憲法違反を初めて認定した最高裁昭和五一年判決は、手続上の難点を認識しながらも、①右訴訟が、現行法上選挙人が選挙の適否を争う唯一の訴訟であり、他に公選法の違憲の是正を求める機会がなく、また②国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけ是正、救済の途が開かれるべきことが憲法の要請だと指摘して、公選法二〇四条の訴訟の中で、議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを容認したのである。⁽²⁶⁾

この法運用はその後も踏襲されて⁽²⁷⁾おり、現在では、裁判官の間に異論を見ることはない。⁽²⁸⁾のみならず、二〇四条訴訟は、定数不均衡問題を越えて、公選法の定める選挙制度のさまざまな側面につき、その合憲性を争う手段として用いられてきた。裁判所も、特にこの手続を各めることなく実体判断を下している。⁽²⁹⁾

三 裁判例の現況

ところが近年、最高裁が、この選挙訴訟における違憲審査の可能性を限定する判断を示すようになった。いくつか注目すべき裁判例を挙げておこう。いずれも、選挙制度の在り方につき憲法上の疑義を主張して、選挙の実施やその効力を争った事件である。

1 法定外民衆訴訟による選挙の事前差止め

【一】 最決平成二四年一月三〇日⁽³⁰⁾

平成二四年の衆院選は、前年の最高裁判決⁽³¹⁾で憲法の投票価値の平等の要求に反する状態（いわゆる違憲状態）と認定されていた選挙区割りにつき、法改正のなされぬまま施行されることとなった。そこで選挙人らが、憲法違反の選挙を回避するため、内閣の所属する国を相手取って民衆訴訟を提起し、抗告訴訟に関する諸規定を類推して、①内閣が天皇に対し、選挙施行の公示にかかる助言と承認をすることの差止め、または②選挙施行の公示がなされたときは、内閣が中央選挙管理会及び都道府県選挙管理委員会に、公選法の定める選挙区割りに基づく選挙事務の管理をさせることの差止め、及び③人口に比例した議員定数配分となる法律案を内閣が国会に提出することの義務づけを求めた。その上で、選挙人らは、右本案訴訟を前提に、①の請求または②の請求にかかる仮の差止め及び③の請求にかかる仮の義務づけを申し立てた。下級審は、本件本案訴訟は明文の規定のない民衆訴訟で不適法であるから、本件申立ても同じく不適法だとした。⁽³²⁾

申立人らが特別抗告に及んだが、最高裁もこれを却けた。民衆訴訟は「法律上の争訟」でなく「その他法律において特に定める権限」に含まれ（裁判所法三条一項）、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」（行訴法四二条）。国会議員の選挙に関する民衆訴訟について、公選法上の選挙無効訴訟等の訴訟類型以外に、選挙に関する差止めまたは義務づけの訴えの提起、及びこれらを本案とする仮の差止めまたは仮の義務づけの申立てができる旨の法律の規定はない。民衆訴訟として法律の定めを欠く訴訟類型及びこれを本案とする仮の救済方法が、法律上の争訟である抗告訴訟及びこれを本案とする仮の救済方法に関する法律の規定やその趣旨の類推により創設的に認められるとは解されず、現行法制度下では本件本案の訴えは不適法であり、本件申立ても不適法だといえるのである。

【2】最判平成二四年一月三〇日⁽³³⁾

【1】決定の本案訴訟についても、下級審が、差止めの訴えや義務づけの訴えを民衆訴訟として提起することを不合法とした後⁽³⁴⁾、最高裁も訴えを却けた。本件訴えは選挙に関する民衆訴訟として提起されたが、選挙に関する差止めまたは義務づけの訴えを提起できる旨の法律はなく、民衆訴訟として法律の定めを欠く訴訟類型が、法律上の争訟たる抗告訴訟に関する法律の規定やその趣旨の類推により創設的に認められることはないから、現行法制度下では本件訴えは不適法だと述べている。

2 選挙訴訟による公選法諸規定の違憲主張

【1】決定及び【2】判決は、選挙人らが、公選法ほか関係法令に定めのない民衆訴訟を提起したものであった。他方

で判例は、既存の選挙訴訟（公選法二〇四条）の枠内では、選挙制度の各側面に対する憲法上の異議申立てをむしろ広く認めてきた。これまで数多く用いられてきた訴訟手続であるが、最高裁は、この訴えによる違憲主張にも限定を加えつつある。

【3】最決平成二六年七月九日⁽³⁵⁾

平成二五年の参院選における比例代表選挙の管理執行に無効原因があるとして、当該選挙の無効を求める訴えが提起された。憲法上の争点としては、①中央選挙管理会（公選法五条の二）は憲法上予定された選挙事務執行機関としての十分な独立性を有しておらず、憲法四七条に違反する、②公選法九条一項（選挙時）は一八歳及び一九歳の国民に選挙権を与えておらず、憲法一五条三項に違反する、③公選法九二条三項は高額な供託金により無資力者を選挙から排除しており、憲法一五条、二二条、四四条但書に違反する、④公選法一三八条で戸別訪問の一律禁止が適用されたまま選挙が実施されたのは憲法二二条に違反する、⑤公選法一一條一項一號、三號が受刑者の選挙権を一律に制限しているのは、憲法一五条一項及び三項、四三条一項、四四條但書に違反する、などが主張されている。

下級審は、これらを検討した上でいずれも憲法に違反しないとし、またその他の主張も選挙結果に異同を及ぼさな⁽³⁶⁾いとして、請求を棄却した。最高裁は適法な上告理由に当たらないとして却けたが、その際、下級審とは異なる判断を示している。

それによれば、公選法二〇四条の選挙無効訴訟は、選挙の効力を選挙人または候補者が同法二〇五条一項所定の無効原因の存在を主張して争う争訟方法であるが、同条項は選挙無効の原因を「選挙の規定に違反することがあると⁽³⁷⁾き」と定めており、これは主として、選挙管理の任にある機関が選挙の管理執行手続に関する明文の規定に違反する

とき、または直接明文の規定はないが選挙の基本理念である選挙の自由公正の原則が著しく阻害されるときを指す。そして、同法が一定の者につき選挙権を制限していることの憲法適合性は、当該者が自己の選挙権侵害を理由に救済を求めて提起する訴訟でこれを争うことの可否はおくも、選挙無効訴訟で選挙人らが他者の選挙権制限に係る規定の違憲を主張して争うことは予定されていないから、選挙人は選挙無効訴訟において選挙無効の原因として各規定の違憲を主張することはできないというのである。

千葉勝美裁判官が補足意見を述べ、合衆国最高裁のいわゆるブランダイス・ルールをも援用しつつ、下級審が受刑者の選挙権制限に係る憲法判断に言及した点を批判した。公選法二〇四条の選挙無効訴訟は行訴法五条の民衆訴訟であつて、法律に定める場合に限り提起することができ、選挙無効の原因も同法二〇五条一項が規定する事項に限られる。本件違憲の主張は、そもそも選挙無効訴訟制度が無効事由として予定していない法の枠外のものであり、その合憲性について言及する必要性が認められないと述べている。⁽³⁷⁾

【4】最判平成二九年一〇月三日⁽³⁸⁾

平成二八年参院選について、選挙人らが、①公選法一〇条一項二号が参議院議員の被選挙権を年齢満三〇歳以上の者と定めていること、及び②同法一四一条一項、別表第三の議員定数配分規定（参院選挙区）は、いずれも憲法一四一条一項等に違反し無効であるから、これらに基づき施行された東京都選挙区の選挙も無効である旨主張する訴えを提起した。

下級審は、本件選挙当時約三倍の選挙区間の最大較差が生じており、投票価値の不均衡は正は不十分だが、当時の法改正は国会の裁量権の行使として合理性を有し、本件定数配分規定の下で選挙区間の投票価値の不均衡が違憲の間

題が生ずる程度の著しい不平等状態にあるとはいえないとして、請求を棄却した。⁽³⁹⁾

これに対して最高裁は、公選法二〇四条の選挙無効訴訟で、選挙人は同法二〇五条一項の選挙無効の原因として右規定の違憲を主張できないとした。選挙無効訴訟は、選挙の効力について選挙人または公職の候補者が法定の無効原因を主張して争う争訟方法であり、同法で一定の年齢に達しない者につき被選挙権を制限していることの憲法適合性は、当該者が自己の被選挙権侵害を理由に救済を求めて提起する訴訟でこれを争うことの可否はおき、選挙無効訴訟で選挙人らが被選挙権の制限に係る規定の違憲を主張して争うことは予定されていないのである。

【5】 最決平成三二年二月二八日⁽⁴⁰⁾

平成二九年衆院選は、選挙権年齢を満二〇歳以上から一八歳以上に引き下げた平成二七年の改正公選法（九条一項）に基づき実施されたが、長崎四区の選挙人が、同条項は憲法一五条三項に違反するとして、同区における選挙の無効を求めた。

下級審は、公選法二〇四条は現行法上選挙人が選挙の適否を争う唯一の訴訟であるから、本件主張を選挙無効原因とすることも許されるところだが、憲法一五条三項は「成年者による普通選挙」を定め、同四四条は「選挙人の資格は法律で定める」としており、成年者の年齢等に国会の裁量的権限を認め、本件改正がその裁量の範囲を逸脱しているとは認められないとして請求を棄却した。⁽⁴¹⁾

だが最高裁は、選挙無効訴訟において、選挙人は選挙無効の原因として、年齢満一八歳及び満一九歳の日本国民につき衆議院議員の選挙権を有するとする規定の違憲を主張し得ないという。選挙無効訴訟で主張し得る選挙無効の原因「選挙の規定に違反することがあるとき」（公選法二〇五条一項）とは、主に選挙管理の任にある機関が選挙の管理

執行手続に関する明文規定に違反するとき、または直接明文はないが選挙の基本理念である選挙の自由公正の原則が著しく阻害されるときを指すと、年齢満一八歳及び満一九歳の国民に衆議院議員の選挙権を認める規定が違憲である旨の主張は、選挙の管理執行手続に関する明文規定に違反したり、また選挙の自由公正の原則が著しく阻害されるときに当たることをいうものではない。さらに、年齢満一八歳及び満一九歳の国民に衆議院議員の選挙権を有することの憲法適合性という事項の性質やその選挙制度における位置づけ等に照らすと、公選法二〇四条の選挙無効訴訟において右規定の違憲を選挙無効の原因として主張することを許容すべきともいえない、と述べている。

3 最高裁判官国民審査無効訴訟の援用

選挙制度への異議申立てにつき、公選法自体の定める訴訟の利用可能性が限定される中で、他の手続を用いてこれを争う試みが現れた。客観訴訟における違憲審査の嚆矢となった手続である。

【6】最決平成三二年三月二日⁽⁴²⁾

平成二九年の衆院選期日に実施された最高裁判官の国民審査について、審査人が、当該審査は公選法九条一項に基づき衆議院議員の選挙権を有する者により行なわれたが（国民審査法四条）、同条項は憲法一五条三項に違反するたゞめ審査の効力に異議があるとして、審査無効訴訟（同三六条）を提起した。憲法一五条三項は、公務員の選挙につき成年人だけによる普通選挙を保障しており、かつ同項の成年人者は民法四条を前提にしているから、満一八歳及び満一九歳の者に選挙権を認める公選法九条一項は憲法に違反するという。

下級審は請求を棄却した。⁽⁴³⁾ 憲法一五条一項、三項は、成年人者に普通選挙の選挙権を保障しているが、成年に達しな

い者への選挙権付与の可否につき何ら触れておらず、その他憲法は未成年者への選挙権付与を禁止していない。憲法四四条本文は両議院議員の選挙人資格の決定を立法院に委ねているから、国会が法律により選挙権の年齢要件を成年年齢より引き下げることが可能であり、仮に憲法一五条三項にいう「成年者」が民法四条の「成年」に達した者を意味するとしても、満一八歳及び満一九歳の者に選挙権を認める公選法九条一項は憲法一五条三項に違反しないと述べている。

だが最高裁は、国民審査法三六条の審査無効訴訟において、審査人が、同法三七条一項所定の審査無効の原因として、年齢満一八歳及び満一九歳の日本国民につき衆議院議員の選挙権を有するとする規定の違憲を主張すること自体を否定した。すなわち、審査無効訴訟は、民衆訴訟（行訴法五条）として法律に定める場合において法律に定める者に限り提起できるが（同四二条）、同法三七条一項は審査無効訴訟で主張し得る審査無効の原因を「この法律又はこれに基いて発する命令に違反することがあるとき」と規定している。これは、主として審査に関する事務の任にある機関が審査の管理執行手続に関する明文規定に違反するとき、または直接明文はないが憲法で定められた最高裁判官の解職制度たる国民審査制度の基本理念が著しく阻害されるときを指すところ、年齢満一八歳及び満一九歳の日本国民に衆議院議員の選挙権を有するとする規定が違憲である旨の主張は、右無効原因に当たることをいうものでなく、従って、審査無効訴訟において、審査人は、審査無効の原因として年齢満一八歳及び満一九歳の日本国民につき衆議院議員の選挙権を有するとする規定の違憲を主張し得ない、と判示したのである。

四 選挙制度への司法介入

このように、最高裁はここ数年、選挙訴訟で提起し得る憲法上の争点に限定を加える判断を繰り返してきた。従前、違憲主張が比較的緩やかに認められていたところからすれば、大きな方針転換と見ることができ、既に学説からも批判が寄せられている。⁽⁴⁴⁾

1 訴訟手続の創設

【1】決定及び【2】判決は、公選法その他の関係法令に定めのない民衆訴訟が提起された事案であった。現行の選挙訴訟は、選挙が施行された後にその無効を求めるものであり、施行前に何らかの違法を主張してこれを差止めることを想定していない。そのため、議員定数配分につき最高裁が違憲状態と認定したにも拘らず、法改正なく再び選挙が実施されようとしても、直ちには事前の司法的救済を求めることができない。両事件の当事者らは、こうした問題意識から、法定外の民衆訴訟を構想することで事態の打開を企図したものである。⁽⁴⁵⁾

だが、客観訴訟が「法律において特に定める権限」（裁判所法三条一項後段）であり、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り提起することができる」（行訴法四二条）のであれば、具体的な訴訟類型を創設するのは、まず第一に立法部の役割であろう。憲法自体、裁判所制度と訴訟手続の具体的な定めを法律事項としており（七六条一項、三三条等参照）、裁判所が法律に先立って新たな訴訟類型を生み出すことはできない。⁽⁴⁶⁾ その立法部は、行訴法改正（平成一六年法八四）により、抗告訴訟の一つとして義務付けの訴えと差止めを明文化したが（法三条六項、七項）、

【1】決定及び【2】判決は、これらの手続が民衆訴訟に類推適用されないと指摘した。⁽⁴⁷⁾この判断は、既に下級審で先例として扱われている。⁽⁴⁸⁾

2 現行手続の解釈・運用

他方で判例は、一連の定数不均衡訴訟において、法律の本来想定しない訴えの提起と違憲主張を容認してきた。それは確かに、公選法二〇四条という既存の法律に基づく訴えの形をとっていたが、⁽⁴⁹⁾⁽⁵⁰⁾実質的には、新たな訴訟類型の創設にかかる法創造だとする理解は少なくない。

最高裁自身は、訴訟手続の創設と解釈・運用とを峻別するようである。【1】決定及び【2】判決で訴えを退けるに当たり、「法定の訴訟類型である選挙無効訴訟において無効原因として主張しうる事由の範囲の解釈とは事柄の性質を異にする」⁽⁵¹⁾と述べ、自覚的に先例との区別 (distinction) を行なった。だが実際には、そのような区別は先例の積極的運用へと結びついていない。最高裁が選んだのは、「選挙無効訴訟において無効原因として主張しうる事由の範囲」を限定的に解釈する途であった。【3】決定、【4】判決、【5】決定は、それぞれ選挙制度の異なる側面を争った訴えだが、いずれも現行の選挙訴訟では違憲主張自体が認められないとして、この手続の利用可能性を狭める結果に終わっている。

この点、下級審はむしろ、積極的に憲法問題に立ち入っていた。【3】決定の原審は、当該訴訟における違憲主張の可否につき特に留意することなく憲法問題を審理し、⁽⁵²⁾国会の裁量権 (憲法四四条、四七条) を強調してすべて合憲とした。⁽⁵³⁾また、【4】判決及び【5】決定の原審は、既に【3】決定で最高裁が違憲主張に消極的な判断を下していたため、よ

り自覚的に憲法問題と審理する理由を述べている。

【4】判決では主に被選挙権制限の合憲性が争われたが、原審は、被選挙権または立候補の自由は選挙権の自由な行使と表裏の関係にあるから、選挙に立候補しようとする者が、立候補につき不当な制約を受けるならば、ひいては選挙人の自由な意思の表明を阻害し、自由かつ公正な選挙の本旨に反すると述べ、合理的理由なく被選挙権が制限されている場合は、選挙の自由公正の原則が著しく阻害された場合（公選法二〇五条一項）に当たると解し、違憲主張を認め⁽⁵⁴⁾た。

【5】決定は、満一八歳及び一九歳の者への選挙権付与の合憲性を争った訴えである。原審は、昭和五十一年判決を援用しつつ、①公選法二〇四条が現行法上選挙人が選挙の適否を争う唯一の訴訟であり、他に公選法の違憲の是正を求める機会がない場合には、②国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけ是正、救済の途が開かれるべきだと⁽⁵⁵⁾の憲法上の要請に照らして、公選法二〇四条の選挙無効訴訟において、公選法規定の憲法違反を選挙無効の原因として主張することも許されるという。そして本件では、公選法九条一項により本来選挙権が与えられるべきでない満二〇歳に達しない満一八歳以上の者が選挙人として本件選挙に参加したために選挙の公正が害された旨を主張しており、一定の者の選挙権が制限された旨を主張するものではないから、選挙無効訴訟の無効原因として、満二〇歳に達しない満一八歳以上の者の選挙権を認めた同法九条一項が憲法一五条三項に違反することを主張することも許されると述べたのであ⁽⁵⁵⁾った。

しかしながら、最高裁はこれらの立論を却けている。下級審は【3】決定との区別を行ない、あるいは昭和五一年判決によるその乗り越えを試みて、憲法判断を正当化していたが、最高裁の容れるところとはならなかった。

まず第一に、最高裁が選挙訴訟（ないし客観訴訟）における違憲審査自体を否定しているわけではないことを確認しておこう。あくまで、現行法で制度化された選挙訴訟の運用について語っているにとどまる⁽⁵⁶⁾。民衆訴訟は「法律の定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」（行訴法四二条）が、選挙訴訟にあつては、その法律が、「選挙の規定に違反することがあるとき」（公選法二〇五条）と定めている。最高裁によれば、それは選挙無効の要件であるばかりでなく、そもそも争点を提起するための要件であり、この点を主張しない訴えには答えることを要しない。逆に、「選挙の規定に違反する」憲法上の争点は、これを否定する理由はないはずである。

だが、そうだとしても、選挙訴訟における違憲主張の限定は、先例がこれを広く容認してきたこととどのように整合するのか。その手がかりは、昭和五一年判決が二〇四条訴訟の中で公選法自体の違憲主張を認めた根拠に示されている。同判決は、①右訴訟が、現行法上選挙人が選挙の適否を争う唯一の訴訟であり、他に公選法の違憲の是正を求める機会がなく、また②国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけ是正、救済の途が開かれるべきことが憲法の要請だと指摘して、二〇四条訴訟の中で、議員定数配分規定が選挙権の平等に違反することを選挙無効の原因として主張することを容認していた。すると、他に「選挙の適否を争う」訴訟があり、公選法の違憲の是正と国民の権利救済を求める機会があれば、必ずしも二〇四条訴訟を拡張的に運用する必要はないとも考えられる。

実際、既に当事者の側から、代替的な訴訟手続が模索されており、それが【6】決定を導いた最高裁判官国民審査の国民審査無効訴訟であった。これは、選挙訴訟とはまた一つ別の民衆訴訟だが、その実質的な争点は、国民審査そのものよりも、選挙権の付与をめぐる選挙制度の合憲性にあった。既に見たように、国民審査無効の訴えは、客観訴訟における違憲審査の嚆矢であったし、その後いくつか提起された訴えでも、比較的たやすく憲法問題が取り上げられてきた。⁽⁵⁸⁾ 当事者がこの手続に依拠したのも、決して理由のないことではなかったかもしれない。

しかし、審査無効訴訟もやはり民衆訴訟に位置づけられるからには、選挙訴訟と同じ弱点を免れない。最高裁は【6】決定において、選挙訴訟とほぼパラレルな議論を展開して、違憲の主張を行なうこと自体を退けている。

ここではむしろ、最高裁が傍論ながら、別の手続を示唆していることに注目しておこう。【3】決定では、公選法が一定の者に選挙権を制限していることの憲法適合性について、「当該者が自己の選挙権侵害を理由に救済を求めて提起する訴訟」でこれを争う可能性、また【4】判決では、同法が一定の年齢に達しない者に被選挙権を制限していることの憲法適合性について、「当該者が自己の被選挙権侵害を理由に救済を求めて提起する訴訟」でこれを争うこととの可能性に言及している。いずれも傍論に過ぎないから、実際にかかる訴えが容認されるかは未確定である。だが最高裁は、個人の権利侵害を主張して、主観訴訟の手続をとることを第一と考えていることをうかがわせるであろう。

かつて最高裁は、在外国民選挙権訴訟⁵⁹において、当時の公選法が在外国民に国政選挙での選挙権行使の全部または一部を認めていないことが憲法一四条等に違反するとの主張を、公法上の当事者訴訟（とりわけ公法上の法律関係に関する確認の訴え）（行訴法四条）と国家賠償請求訴訟（国賠法一条一項）として容認した。このような、最高裁自身が認める主観訴訟の手続を通じて争うことを示唆したものと思われる。⁽⁵⁹⁾

民主権原理（前文一段、一条）の下、国民代表を選出する選挙制度が、わが国の国家意思形成に極めて重要な意味を持つことは言うまでもない。だが、選挙制度の形成が第一次的には法律すなわち国会の役割とされているからには、その司法的統制に限界があることは否定できない。裁判所の役割の強化を図るには、政治過程を通じた国民の意思表示が不可欠であり、最終的には、法律の形をとった解決が求められるであろう。

五 むすびに代えて

近年、最高裁判所が、選挙訴訟について違憲審査の可能性を限定する判断を重ねている。昭和五一年判決以来、違憲主張が比較的緩やかに認められていたところからすれば、大きな方針転換と見ることができ、学説からも疑問や批判が寄せられている。

しかし、わが憲法の定める違憲審査制が付随的審査制であり、個人の権利保護を主たる目的とすると考えるならば、自己の権利侵害を主張しない客観訴訟の援用可能性には、一定の限界がある。他方で最高裁は、国賠訴訟を通じて立法及び立法不作為の合憲性を争う可能性を広げてきており、⁽⁶¹⁾決して違憲審査に消極的なばかりではない。今回取り上げた一連の判決・決定も、本来の手続たるべき主観訴訟へと水を向けたものと読むことができようか。今後の判例の動向を注視しておく必要がある。

(1) 初期からの確立した判例である。最大判昭和二七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁（警察予備隊違憲訴訟）、最大判昭和二八年四月一日行集四卷四号九二三頁（衆議院解散の無効確認（岡井訴訟））、最大判昭和二八年四月一日民集七卷四号三〇五頁（第一次苦米地訴訟）、最判昭和五年五月六日判時九六八号五二頁（日本国憲法の無効確認）、最判平成三年四月一九日民集四五卷四号五一八頁（最高裁判所規則改正の取消し）等。

なお、警察予備隊違憲訴訟は直接最高裁に提訴された事件だが、下級審の中には、これに先立って、わが憲法上抽象的審査の許されないことを述べた裁判例もあった。東京高判昭和二五年六月二九日労民一卷四号六七五頁（政令判定行為の取消し）、広島高松江支判昭和二六年三月一六日行集二卷一〇二二二頁（勅令の無効確認）参照。

(2) 客観訴訟制度の総合的研究に、山岸敬子『客観訴訟の法理』（二〇〇四年）、同『客観訴訟制度の存在理由』（二〇一九年）がある。憲法との関係をめぐる詳細な研究として、村上裕章『客観訴訟と憲法』行政法研究四号（二〇一三年）、君塚正臣『司法権定義及び裁判所の中間領域論——客観訴訟・非訟事件等再考』『司法権・憲法訴訟論 上』（二〇一八年）参照。

(3) 他方、住民訴訟については、立法者による制度改革が問題とされている。訴えの主たる根拠規定として用いられてきた地方法二四二条の二第一項四号が改正され（平成一四年法四号）、代位訴訟から義務づけ訴訟へと変更されたため、地方公共団体の財務会計行為に対する司法的統制の機会を減殺するのではないかとの批判がある。法改正時の議論について、例えば、成田頼明「住民訴訟制度見直しの経過と争点——新四号訴訟を中心に——」法律のひろば五五卷八号（二〇〇二年）参照。

(4) 最高裁判所事務総局総務局編『裁判所法逐条解説 上巻』三五頁（一九六七年）。

(5) 杉本良吉「行政事件訴訟法の解説（一）」法曹時報一五卷三三三頁（一九六三年）。

(6) 最高裁は、警察予備隊違憲訴訟では「裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする」（民集六卷九号七八四頁）というやや曖昧な指摘にとどまっていたが、岡井訴訟では明確に、「わが現行法制の下にあつては、ただ純然たる司法裁判所だけが設置せられているのであつて、いわゆる違憲審査権なるものも……司法裁判所が当事者間に存する具体的な法律上の争訟について審判をなすために必要な範囲において行使せられるに過ぎない」（行集四卷四号九二五頁、強調引用者）と述べるに至った。この説示は、第一次苦米地訴訟でも繰り返されている（民集七卷四号三〇六頁）。

(7) 行政法学では、このような「主観訴訟」「法律上の争訟」「司法権」という二重の等式（またはトリアード）に疑問が

呈されるようになっていた。例えば、巨理格「司法」と二元的訴訟目的観」法学教室三二五号（二〇〇七年）参照。さらに、「主観訴訟的民衆訴訟」や「主観訴訟的機関訴訟」というカテゴリーを認める見解もあるが、この粗描では立ち入らな

- (8) 民集六卷二号一二二頁。
- (9) 民集一四卷八号一四二〇頁。
- (10) 東京地判昭和三十三年七月三十一日行集九卷七号一五一五頁、判時一五九号四六頁。
- (11) 民集一六卷三号四四五頁。
- (12) この点では、むしろ下級審（東京高判昭和二十四年二月五日高民集二卷三号三二五頁）の方が自覚的である。「原告の本件訴のうち、違憲立法に関する訴は、今回の国民審査における具体的な事実に基づき権利を侵害されたものとして、審査法の憲法違反を理由とするのであるから、この点に関する限り、訴は形式上許さるべきもの」（三七二頁）と述べて、民衆訴訟の中ではあるが自己の権利侵害と結びついた主張と認め、これを容認していた。
- (13) 尾吹善人『解説憲法基本判例』三二九頁（一九八六年）。同一八頁も参照。
- (14) ただし、本判決が警察予備隊違憲訴訟に先行して下されている点には留意が必要であろう。わが制度が付随的審査制であるとの司法解釈が未だ確立していない時点で示された判断であった。
- (15) もっとも、下飯坂潤夫裁判官の反対意見は、「わが地方自治法にいわゆる住民訴訟も違憲を主張される法律の下での公金の支出を差止めるため、これを提起することが許される」と指摘しており（民集一六卷三号四五九頁）、裁判官の間に一定の問題意識があったことをうかがわせる。
- (16) 南博方「職務執行命令訴訟における裁判所の審判権の範囲」民商法雑誌四四卷一号一二三頁（一九六一年）。
- (17) 芦部・小嶋・田口「憲法の基礎知識」一八五頁（小嶋和司）（一九六六年）。
- (18) 野中俊彦「抽象的違憲審査の観念」「憲法訴訟の原理と技術」二六頁（一九九五年）。同「司法権の観念についての覚書き」杉原泰雄先生古稀記念論文集刊行会編『21世紀の立憲主義』（二〇〇〇年）も参照。
- (19) 佐藤幸治『現代国家と司法権』一二六、二一四頁等（一九八八年）。同『日本国憲法論（第2版）』六三六頁以下（二〇二〇年）も参照。

- (20) 野坂泰治「憲法と司法権」法学教室二四六号四七頁(二〇〇一年)。同『憲法基本判例を読み直す(第2版)』第二章とりわけ二四頁以下(二〇一九年)も参照。
- (21) 高橋和之「司法の観念」『現代立憲主義の制度構想』一五三頁(二〇〇六年)。同『体系憲法訴訟』四三頁以下とりわけ四八頁(二〇一七年)も参照。
- (22) 最大判昭和五二年七月三日民集三二卷四号五三三頁(津地鎮祭訴訟)、最大判平成九年四月二日民集五一卷四号一六七三頁(愛媛玉串料訴訟)、最大判平成二二年一月二〇日民集六四卷一号一頁(空知太神社訴訟。拙稿・重細重法法学四五卷一号(二〇一〇年)参照)等、枚挙に遑がない。
- (23) 福岡高那覇支判平成八年三月二五五行裁例集四七卷三号一九二頁、判時一五六三号二六頁。
- (24) 最大判平成八年八月二八日民集五〇卷七号一九五二頁。
- (25) 最大判昭和三九年二月五日民集一八卷二号二七〇頁における斎藤朔郎裁判官の意見(二七六頁)、最大判昭和四一年五月三十一日集民八三号六二三頁における田中二郎裁判官の意見(六二六頁)参照。
- (26) 最大判昭和五二年四月一日日民集三〇卷三号二二三頁、二五一頁。本判决でも、天野武一裁判官が訴えの適法性につき強い反対意見を述べている(二七七頁)。
- (27) 直近の最大判平成三〇年一月一九日民集七二卷六号一二四〇頁まで、その例は枚挙に遑がない。
- (28) 最大判昭和五八年四月二七日民集三七卷三号三四五頁において、藤崎萬里裁判官が反対意見を著したのが最後の例である(三七四頁)。
- (29) 例えば、最大判平成二一年一月一〇日民集五三卷八号一五七七頁(衆院選における重複立候補制及び比例区の定数配分)、最大判平成二一年一月一〇日民集五三卷八号一七〇四頁(衆院選における小選挙区制度及び所属政党による選挙運動規制の差別)、最大判平成二六年一月一日日民集五八卷一七号一頁(参院選における非拘束名簿式比例代表制)、最大判平成一九年六月一日日民集六一卷四号一六一七頁及び最大判平成二三年三月二三日民集六五卷二七五五頁(衆院選小選挙区定数配分における一人別枠方式)等がある。
- (30) 判時二二七六号二七頁。本決定の紹介として、北見宏介・判例セレクト2013「II」(法学教室四〇二号別冊)(二〇一三年)、大貫裕之・平成二五年重要判例解説(ジュリスト臨増一四六六号)(二〇一三年)、澁谷勝海・『平成二四年行政関係判例解説』

(二〇二二年)がある。

- (31) 最大判平成二三年三月二三日民集六五卷二号七五五頁。
- (32) 東京地決平成二四年一月二一日判例集未登載、東京高決平成二四年一月二八日判例集未登載。
- (33) 訟月六〇卷一号七九頁。本判決の解説として、若山政行・訟務月報六〇卷一号参照。
- (34) 東京地判平成二四年一月二二日訟月六〇卷一号八四頁、東京高判平成二四年一月二八日訟月六〇卷一号九〇頁。
- (35) 判時二二四一号二〇頁。本決定の紹介として、田近肇・判例セレクト2014「I」(法学教室四一三号別冊)(二〇一五年)、佐々木弘通・『平成二六年度重要判例解説』(ジュリスト臨増一四七九号)(二〇一五年)、福岡敏明・『新・判例解説 Watch』(法学セミナー増刊)一六号(二〇一五年)、山岸敬子・民商法雑誌一五〇巻六号(二〇一五年)、佐々木雅寿・『憲法判例百選II「第七版」』(ジュリスト別冊二四六号)(二〇一九年)等がある。
- (36) 東京高判平成二五年二月九日判例集未登載。
- (37) 判時二二四一号二三頁。
- (38) 判時二三五七・二三五八号一頁。本判決の紹介として、野口貴公美・法学教室四五〇号(二〇一八年)、櫻井智章・民商法雑誌一五四卷二号(二〇一八年)、君塚正臣・判例評論七一六号(判例時報三三七七号)(二〇一八年)等がある。
- (39) 東京高裁平成二八年一月二四日判例集未登載。
- (40) 判時二四一五号四頁。本決定の紹介として、新井誠・民商法雑誌一五五卷六号(二〇一九年)、巽智彦・自治研究九六巻八号(二〇二〇年)、山本真敬・判例評論七三七号頁(判時二四四五号)(二〇二〇年)等がある。
- (41) 福岡高判平成三〇年二月一五日判例集未登載。
- (42) 判時二四一九号三頁。本決定の紹介として、深澤龍一郎・法学教室四六九号(二〇一九年)、新井誠・註(40)論文、巽智彦・『令和元年度重要判例解説』(ジュリスト臨増一五四四号)(二〇二〇年)等がある。
- (43) 東京高判平成三〇年三月七日判例集未登載。
- (44) 例えば、渋谷秀樹「司法権と違憲審査権——客観訴訟の審査対象」判時二三七五・二三七六号(二〇一九年)は、【3】判決を契機として、司法の定義や違憲審査権との関係、及び客観訴訟の問題を包括的に検討した上で、同判決に厳しい批判を加えている。

(45) 澁谷勝海・註(30)論文一五六頁参照。なお、選挙制度の不備を争い、選挙の施行や手続の差止めを求める訴えは、必ずしも全く新しいものではなく、下級審段階ではいくつか例がある。当事者らはこれらの訴えを無名抗告訴訟と主張していたが、裁判所はそのいずれをも民衆訴訟と位置づけ、法律の規定がないため不適法とした。東京地判昭和五十一年一月十九日訟月二二卷一〇号二五九八頁(衆議院議員定数配分規定の違憲を理由に、昭和五十四年衆院選の施行差止めを求める訴えは不適法。東京高判昭和五十二年四月二十五日行集二八卷四号三三七頁も控訴棄却)、千葉地判昭和五十一年一月二十九日訟月二二卷一〇号二六一〇頁(衆院選の施行公示の差止め)、千葉地判昭和五十四年一月一日訟務月報二六卷一〇号一一頁(衆院戦の選挙手続の差止め)、東京地判昭和五十七年二月二三日判時一〇六六号五一頁(参院選に関する事務の執行差止め)、東京地判昭和六十二年一月七日判時一二四八号三三頁(衆院選の差止めを却下。他方、国賠請求は棄却)等。

(46) 最高裁判所は、「訴訟に関する手続」について規則を定める権限を有する(七七条一項)。新たな訴訟類型を設ける可能性もないわけではないが、現状、この権限は法律の範囲内で抑制的に行使されてる。いずれにせよ、そのような手続を定めた規則はなく、「裁判」過程そのものによる訴訟の創設は困難であろう。

(47) 北見宏介・註(30)論文一〇頁参照。もとより、民衆訴訟だからといって、当然に義務づけや差止めが許されないわけではない。現行法上も、住民訴訟では差止め請求が可能である(地自法二四二条の二第一項一號)。ただし、住民訴訟の差止めを本案とする仮処分は排除されている。同条一〇項参照)。最高裁としては、選挙訴訟において差止めや義務づけ、及びその仮処分を認めるには、あくまで「法律の定め」が必要だというのである。

(48) 東京地判平成二六年一月二二日判例集未登載(衆院選の公示差止め。東京高判平成二六年一月二六日判例集未登載(控訴棄却)、最判平成二六年二月一日判例集未登載(上告棄却、不受理)、東京地判平成二七年二月四日判例集未登載(平成二七年参院選実施の差止め及び法律改正案提出の義務づけ等。東京高判平成二八年六月二日判例集未登載(控訴棄却)、東京地判平成二九年一〇月六日判例集未登載(平成二九年衆院選の施行差止め)、東京高判平成二九年一〇月二二日判例集未登載(同衆院選の試行差止め)等。さらに【2】判決は、選挙訴訟以外の訴えについても、民衆訴訟を提起できない根拠として援用されている。東京地判平成二七年九月一七日判例集未登載(いわゆる平和と安全法制関連法の制定手続の差止め)、東京地判平成二七年九月二九日判例集未登載(人事院勧告制度の見直し等の義務づけ)参照。

(49) 最高裁判官の中にも、そのような理解があった。藤田宙靖『最高裁回想録』一一一頁(二〇二二年)は、「客観訴訟の

一つとしての、『定数配分訴訟』なるものを新たに判例法上創設した」といい、千葉勝美「衆議院議員定数訴訟の行方」『違憲審査』五頁（二〇一七年）は、公選法二〇四条を「借用適用」するかたちをとっているが、本来、公選法が予定するものでなく「最高裁が判例法理により創造した訴訟類型」だとしている。

- (50) 他方、山岸敬子「選挙規定の改正にかかる訴訟——一つの立法提言——」選挙学会紀要七号五四頁（二〇〇六年）は、「行訴法五条に規定される『民衆訴訟』の裁判所による解釈的創造は、同法の許すところではない」と断じ、「新しい民衆訴訟は、必ず、個別に法律で創設されなければならない」という（同「民衆訴訟・機関訴訟」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（二〇一四年）も参照）。山岸は、判例による公選法二〇四条の拡張解釈には重大な問題があるとして、あり得べき立法的解決を提言するのであるが、特定の選挙と切り離れた規定自体の違法（違憲）確認請求の形を採った規範統制訴訟を構想しており（五五頁以下）、いっそう抽象的違憲審査に近づいている。「法律上の争訟」でなく「法律において特に定める権限」（裁判所法三条一項）であることを強調しているが、果たして後者の名において許容され得るものか、疑問なしとしないであらう。

- (51) 判時二二七六号二九頁、訟月六〇卷一号八三頁。

- (52) とりわけ受刑者の選挙権制限（公選法一一一条一項二号、三号）については、むしろ被告側が、民衆訴訟たる選挙訴訟によらずとも、同号に該当する者が、主観訴訟である公法上の権利確認に関する確認の訴えとして、選挙権を有することの確認を求める訴えを提起したり、国賠訴訟を通じてその憲法適合性を争うことができるから、公選法二〇五条一項の「選挙の規定に違反することがあるとき」に該当しないと主張していた。

- (53) 東京高判平成二五年二月九日判例集未登載。

- (54) 東京高裁平成二八年一月二四日判例集未登載。

- (55) 福岡高判平成三〇年二月一五判例集未登載。

- (56) 従って、三で取り上げた一連の判決・決定の説示するところが直ちに住民訴訟にも妥当するものではなからう。

- (57) 選挙無効原因については、差し当たり、安田充・荒川敦編『逐条解説公職選挙法（下）』一五章とりわけ一六二五頁以下（二〇〇九年）参照。

- (58) 昭和二十七年判決以降、さまざまな理由を挙げて国民審査制度の合憲性を争う訴えが提起されてきた。いずれも合憲とされ、

簡単に却けられてきたが、その際、違憲審査の可否について特段の考慮があったようにはうかがわれない。最判昭和三五年四月一日日集民四一四号二四一頁、最判昭和三八年九月五日判時三四七号八頁、最判昭和四〇年九月一日日集民八〇号二七五頁、最判昭和四七年七月二〇日集民一〇六号五一三頁、最判昭和四七年七月二五日集民一〇六号六三三頁等参照。

(59) 最大判平成一七年九月一四日民集五九卷七号二〇八七頁。拙稿・亜細亜法学四一巻一号(二〇〇六年)参照。

(60) どのような主観訴訟なのか明確にしておらず、不親切だとの評価はあり得るであろう。櫻井・註(38)論文一四三頁参照。ただし、仮に具体例を挙げたところで、傍論にとどまることは否定できない。

(61) 最大判平成二七年一月一六日民集六九卷八二四二七頁(再婚禁止期間違憲訴訟。拙稿・亜細亜法学五一巻一項、二二〇一六年、二〇一七年)参照、最大判平成二七年一月一六日民集六九卷八号二五八六頁(夫婦別姓訴訟)など、合憲・違憲の憲法判断如何を問わず、また勝訴・敗訴の裁判結果如何を問わず、違憲審査における国賠訴訟援用の可能性が広げられて点は評価されてよからう。

(亜細亜大学法学部教授)